تصادم أحكام النسب مع النظام العام الدولي

الباحثة فردوس القاسمي
باحثة في سلك الدكتوراه،
جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس
المغرب

مقدمة:

إن أول حق يثبت للمولود بعد انفصاله عن أمه هو النسب الذي يعد أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة، تقوم على أساس وحدة الدم، فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده، فرابطة النسب هي نسيج الأسرة الذي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظمى أنعمها الله على الإنسان إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وانقطعت الصلات بينها، ولما بقي أثر للحنان والرحمة بين أفراد الأسرة الواحدة، لذلك منى الله علينا بالنسب لقوله تعالى: "وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"[1].

فالنسب هو الرابطة التي تجمع الأبناء بالوالدين، وقد تكون هذه الرابطة شرعية أو طبيعية أو بالتبني[2]، وبالرجوع إلى مدونة الأسرة فقد عرفته المادة 150: "النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف"، وبذلك، فالنسب رابطة طبيعية تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، فهذا الأخير قد يكون صحيحا مترتبا عن زواج صحيح، وقد يكون غير صحيح مترتبا عن علاقات جنسية بين الرجل والمرأة خارج العلاقة الزوجية الصحيحة، كما يكون مترتباً عن رابطة التبني[3].

وتثير رابطة النسب في العلاقات الدولية الخاصة العديد من الإشكالات، نظرا للاختلاف الكبير الحاصل بين التشريعات ذات المرجعية الإسلامية والتشريعات العلمانية الغربية، فالقوانين الغربية لا تقيم أي فرق بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية وهو ما يتعارض مع مقتضيات مدونة الأسرة وما جاءت به الشريعة الإسلامي، مما يترتب عنه الدفع بالنظام العام وعدم الاعتراف بأحكام النسب المنظمة في مدونة الأسرة أمام القضاء الأوربي، وعدم الاعتراف بأحكامه أما القضاء المغربي خاصة تلك المتعلقة بالنسب الطبيعي والتبني.

ففكرة النظام العام تعتبر من أبرز الأفكار القانونية التي أثارت جدلا واسعا في أوساط الفقهاء، نظرا لما يكتنفها من نسبية ومرونة واختلافها باختلاف الزمان والمكان الأمر الذي يجعلها تتواجد في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة بأطياف متنوعة وبمفاهيم مختلفة؛ نظرا لكونها تمثل الأسس التي تقوم عليها الجماعة بحيث تكون مكوناتها نفسها مكونات الحياة الاجتماعية المتطورة بطبيعتها، الأمر الذي يجعل منها ذات مفهوم متغير في استعمالات المشرع والقاضي وفقهاء القانون.

ولعل هذا هو ما يبرر الاختلاف الحاصل إلى درجة التناقض أحيانا بين بعض الاجتهادات القضائية بين متشدد في تمسكها بالنظام العام في كل ما يمس أو يتعارض مع دولة القاضي، وبين من يتعامل مع هذا المصطلح بمرونة لما يتمتع به من سلطة تقديرية في تقدير تعارض القانون الأجنبي المختص أو الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مع النظام العام لدولة القاضي من عدمه.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في توضيح موقف القضاء الوطني والأجنبي من المقتضيات المنظمة للنسب العلاقات الدولية الخاصة، ومعرفة مدى قدرة المشرع المغربي على تبني مقاربة توفية للنظام العام المغربي بناء على المصالح المرسلة للمغاربة المقيمين بالخارج، لكن دون الخروج عن الثوابت الوطنية، وكذا تقييم مدى قدرة نصوص مدونة الأسرة على تجاوز الإشكالات القانونية التي تعترض الأسر المغربية المقيمة بالمهجر خاصة لك المتعلقة بمسائل النسب.

من خلال هذه التوطئة نجد أن هذا الموضوع يطرح إشكالية جوهرية هامة تتمثل في:

إلى أي حد استطاع كل من المشرع والقضاء المغربيين تنظيم وتطبيق مقتضيات النظام العام لتوفير الحماية القانونية للنسب في العلاقات الدولية الخاصة؟

وبناء على ما سبق، وللإجابة على الاشكالية المطروحة، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى محورين رئيسيين:

المحور الأول: اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

المحور الثاني: الدفع بالنظام العام المغربي في مسائل النسب

المحور الأول: اشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب

يعتبر النسب الشرعي رابطة تتصل بالابن من جهة وبالوالدين من جهة أخرى وبالأسرة عموما، وهذا ما أدى إلى اختلاف الآراء فيما يتعلق بتحديد القانون المختص عند اختلاف جنسية أطراف هذه الرابطة، فالبعض نادى بإخضاعها لجنسية الابن بصفتها تتعلق بحالته الشخصية، والبعض الآخر ذهب إلى تطبيق قانون الدولة التي تحمل الأم جنسيتها، في حين اتجه اخرون إلى تطبيق جنسية الشخص المراد الانتساب إليه، أما البعض الآخر أخذوا بتطبيق القانون الشخصي للأب[4].

وبالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في البلدان الأوربية نجد أن القانون الفرنسي أخضع النسب الطبيعي للقانون الوطني للأم عند الميلاد أو القانون الوطني للطفل إذا كانت الأم مجهولة[5]، وعلى الرغم من نص قاعدة التنازع الفرنسية بشكل واضح وصريح على أن النسب يحكمه القانون الشخصي للأم في يوم ولادة الطفل، فإن إعمال هذه القاعدة من طرف القاضي الفرنسي، وتطبيق أحكام القانون المغربي عندما يتعلق الأمر بطفل تتمتع أمه بالجنسية المغربية في تاريخ ازدياده، لا يتم عادة بشكل تلقائي وسلس، لولا إقدام محكمة النقض الفرنسية على تصحيح هذا الوضع بإعادة الاعتبار لمضمون القاعدة المشار إليها أعلاه، وإلزام قاضي الموضوع بتفعيل مضمونها تلقائيا وإعمال القانون الأجنبي الذي تحيل عليه بناء على جنسية الأم الأجنبية[6].

وهكذا، ففي حكم المحكمة الاستئناف المدينة Rowen صدر بتاريخ 19 يونيو 1989، قرر قضاة الموضوع النظر في دعوى إثبات الأبوة – التي رفعتها سيدة جزائرية على شخص جزائري مدعية نسب طفلها إليه – بناء على الفصل 340 من مدونة القانون الفرنسي، جاء تدخل محكمة النقض صارما، بتأكيده على أنه بموجب قاعدة الإسناد المنصوص عليها في الفصل 143 من مدونة القانون المدني الفرنسي، والفقرة الثانية من الفصل 12 من المدونة الجديدة للمسطرة المدنية، يمتنع على قضاء الموضوع البث في النازلة بناء على القانون الفرنسي، وبذلك تكون محكمة النقض قد ذكرت قضاة الموضوع بضرورة البحث عن الحل في إطار القانون الذي تعينه قاعدة التنازع الفرنسية الواجبة التطبيق، ويكون القانون الجزائري يبقى وحده المخول بتدبير أحكام هذه القضية، من منطلق كونه القانون الشخصي لأم الطفل يوم ولادته، وهو الأمر الذي جعل بعضهم لاحقا يتقيد بتطبيق هذا الاجتهاد[7].

أما في ألمانيا فقد تم الاعتداد بمقتضى القانون المدني الألماني بقاعدة القانون الوطني أو قانون الإقامة الاعتيادية للأبوين أو الطفل، وهو نفس النهج الذي تبعه القانون الهولندي مما يترتب على ذلك إمكانية تطبيق القانون الهولندي على الأحوال الشخصية للجالية المغربية في مادة النسب مادام أن إقامة هذه الأخيرة غالبا ما تتواجد بهولندا[8].

وبالرجوع إلى تشريعنا المغربي خاصة ظهير الوضعية المدنية للفرنسين والأجانب باعتباره العمود الفقري للقانون الدولي الخاص المغربي نجد أنه لم ينص على أي قاعدة للإسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على رابطة البنوة أو النسب وإنما اكتفى بوضع قاعدة عامة من خلال الفصل الثالث منه الذي ينص على ما يلي: "تخضع حالة الفرنسيين والأجانب الشخصية وأهليتهم لقانونهم الوطني".

مما يدفع إلى التساؤل هنا حول القانون الواجب التطبيق على رابطة البنوة أو النسب ذات العنصر أجنبي؟ يجب التميز هنا بين حالتين:

الحالة الأولى: في حالة اتحاد جنسية أطراف علاقة البنوة الشرعية ونشأ نزاع حول نسب هذا الولد وثبت الاختصاص للقضاء المغربي، فإن القاضي سيطبق القانون الوطني المشترك استنادا إلى الفصل 3 من ظهير 1913.

الحالة الثاني: في حالة اختلاف جنسية أطراف علاقة البنوة الشرعية هنا نكون أمام فراغ تشريعي، حيث أن هذا الظهير لم ينص على أية قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على رابطة البنوة الشرعية التي تختلف جنسية أطرافها الأجانب، وقد سار الاجتهاد القضائي في اتجاه ترجيح القانون الوطني للطفل وذلك أخذا بعين الاعتبار معيار المصلحة الفضلى للطفل، ثم اعتمادا على التوجه الاجتهاد القضائي المغربي في هذا الصدد الذي طبق في كثير من القضايا التي تهم الطفل قانون هذا الأخير[9]، وهو طبقه قرار[10] لمحكمة النقض الذي جاء فيه : "إن البنوة هي علاقة بين شخصين، وبالتالي فإن القانون الأقرب إلى تنظيم هذه العلاقة هو قانون الطفل".

أما في حالة تعدد جنسيات الطفل فإنه يتم الاستناد إلى قانون الدولة التي حمل جنسيتها ويحقق له أكبر قدر من الحماية ويراعي مصلحته في إثبات نسبة خصوصا إذا كان هو قانون الدولة التي يحمل جنسيتها الفعلية، أما إذا كان لاجئا أو عديم الجنسية ومقيما في المغرب فإن مقتضيات مدونة الأسرة هي الواجبة التطبيق استنادا إلى المادة الثانية منها[11].

المحور الثاني: الدفع بالنظام العام المغربي في مسائل النسب

إن التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية يطرح تحديات كبيرة ويرتب آثارا قد تكون خطيرة سيما في العلاقات الدولية الخاصة، خاصة وأن القوانين الغربية لا تقيم أي فرق بين البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية وهو ما يتعارض مع مقتضيات مدونة الأسرة وما جاءت به الشريعة الإسلامي، مما يترتب عنه الدفع بالنظام العام وعدم الاعتراف بأحكام النسب المنظمة في مدونة الأسرة أما القضاء الأوربي من جهة وعدم الاعتراف بأحكامه أما القضاء المغربي خاصة تلك المتعلقة بالنسب الطبيعي والتبني من جهة أخرى.

وعليه، سأتناول من خلال هذا المحور لكل من النسب الطبيعي **(أولا)** والتبني **(ثانيا)** وتصادمهما مع النظام العام المغربي.

أولا: تصادم النسب الطبيعي مع النظام العام المغربي

يقصد بالنسب غير الشرعي أو النسب الطبيعي انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة زوجية، فإذا كان إثبات النسب أو البنوة الشرعية لأحد الوالدين هو في حد ذاته إثبات للبنوة للوالد الآخر، فإن الأمر عكس ذلك بشأن النسب غير الشرعي إذ تكون قاصرة على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر، أي أنه نتاج علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة [12]، ونظرا لهذه الأهمية ولما يمكن أن يرتبه النسب من نتائج في غاية الخطورة خاصة ما يتعلق بإثباته ونفيه، حرص المشرع على صيانته وتنظيمه تنظيما محكما وأحاطه بنصوص ذات طابع أمر متعلقة بالنظام العام.

ويشكل الاعتراف بالنسب الطبيعي مسألة محظورة بالنسبة للمغاربة المسلمين، لأنه يخالف مقومات المجتمع المغربي الذي يرفض نظامه العام أن يدخل المسلم في علاقة مريبة مع طرف آخر كما يرفض كل ما يترتب عن تلك العلاقة[13]، وهو ما تبنته مدونة الأسرة من خلال المادة 148 حيث نصت على أنه: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية"، فالقانون المغربي نجده لا يعترف بالبنوة الطبيعية ولا يأمر بإجراء الخبرة الطبية لتأكيد هذه البنوة إلا بتوفر مجموعة من الشروط، حيث نصت المادة 153 من مدونة الأسرة على أنه:" يعتبر الفراش بشرطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، و لا يمكن الطعن فيه إلا من طرف الزوج إلا عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه صدور أمر قضائي بهذه الخبرة".

وانطلاقا من هذه المادة نلاحظ أنه لا مجال للاعتراف بالابن الطبيعي أو مساواته مع الابن الشرعي من طرف الأب إذا كانت لا تربطه بالزوجة أية علاقة زوجية ولا يعتد بالخبرة الطبية المنجزة في هذا الإطار.

أما التشريعات الأوروبية نجد التشريع الفرنسي تبنى المساواة المطلقة بين جميع أشكال النسب شرعية كانت أم طبيعية، حيث متع الابن الطبيعي بنفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها اللابن الشرعي[14]، وأجاز للأب والأم الاعتراف بهذا الولد وجعله شرعيا بزواجهما اللاحق، كما يعطي هذا القانون للولد الحق في إقامة دعوى لإثبات الأبوة الطبيعية من شخص معين أو لإثبات الأمومة من أم معينة[15].

كما كرس التشريع الهولندي مقتضيات الاتفاقيات الدولية والأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان التي تقر مبدأ المساواة بين حقوق الأطفال، الشرعي والطبيعي وبالتبني، وتؤكد على عدم التمييز بينهم[16]، وهو ما سار عليه المشرع البلجيكي لم يميز بين الأطفال بالشرعيين وغير الشرعيين، إذ ألقى واجب الإنفاق على من يرعاه سواء كانت تربط الطرفين علاقة زوجية أو معاشرة حرة طبقا لمقتضيات المادة 1322 من القانون القضائي البلجيكي.

وهذا التصادم بين التشريعات يترتب عنه التباين بين موقف كل من النظام المغربي والأنظمة الأوربية في مسالة الاعتراف بالنسب الطبيعي، وهو ما ينعكس سلبا على الروابط الأسرية للجالية المغربية، سواء عندما يراد التمسك بتطبيق هذا المقتضى أمام القضاء الأوربي، أو في إطار مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية لحكم قضائي صادر في هذا الشأن عن قضاء إحدى الدولتين، ففي الوقت الذي تتمسك فيه مدونة الأسرة بمفهوم النسب الشرعي القائم على عقد الزواج الصحيح، تحاول الدول الأوربية فرض مبدأ عدم التمييز بين الأطفال بسبب ولادتهم أو بسبب الوضعية القانونية لآبائهم طبقا للمادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[17].

وبالرجوع إلى القضاء المغربي نجده لا يعترف بالابن غير الشرعي تطبيقا لما جاءت به أحكام مدونة الأسرة، ومن هذه الأحكام نذكر: قرار الصادر عن محكمة النقض: "... وبأن الخبرة وإن أثبتت البنوة البيولوجية فإنها لا تثبت البنوة الشرعية مادامت باقي الشروط المتعلقة بإثبات النسب غير متوفرة، وبذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا إضافة إلى أن الفقه والقضاء استقرا على أن الزنا والاغتصاب لا يلحق بها النسب الشرعي لأن الحد والنسب لا يجتمعان إلا في حالات خاصة ويبقى ما أثير بدون أساس"[18].

كما أن القضاء لا يعترف بالنسب الطبيعي حتى في حالة تزوج الزاني بالمزني بها، وهو ما جاء في قرار لمحكمة النقض: "وحيث تبين مما ذكر أن العقد كان على المدعية وهي في حالة استبراء، فقد سئل الإمام الوزيري عمن زنى بالمرأة ثم تزوجها في الاستبراء هل يلحق به الولد، وهل يتأبد عليه التحريم أم لا؟ فأجاب قال في النوادر إذا زنا رجل بامرأة ثم تزوجها فنكاحها منسوخ أبدا لا طلاق فيه ولا ميراث فالولد لا حق له إن حملت به بعد حيضة وأتت به لستة أشهر، وإلا فولد زنا لا يلحق"[19].

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب لا ترتب أي أثر من آثار البنوة الشرعية، إلا أن هذا لا يمنع الابن غير الشرعي من اللجوء إلى مقتضيات الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود للمطالبة بالتعويض جبرا للضرر الذي أصابه، باعتبار أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرر مادي أو معنويا للغي، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر[20].

وتنبغي الإشارة إلى أن القضاء المغربي يتعامل مع قضايا النسب الطبيعي حسب ديانة وجنسية الطرفين، فإذا تعلق الأمر بالاعتراف بنسب طفل غير شرعي من أب مسلم مغربي أو غير مغربي، فإن القاضي لا يعترف بأي أثار لهذا النسب، ويعتبره مخالفا للنظام والعام المغربي، أما إذا تعلق الأمر بطفل من أم مغربية وأب أجنبي يعترف قانونه بالنسب الطبيعي، فإن القضاء يحكم بالنفقة لفائدة الطفل بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية[21].

وفي حالة كون أطراف النزاع أجانب غير مسلمين، فإنه من حيث المبدأ تطبق قواعد القانون الوطني في هذا الصدد بناء على القاعدة العامة الواردة في ظهير الوضعية المدنية للأجانب، ولو تعلق الأمر بقواعد مخالفة لما هو وارد في القانون المغربي، وهذا التوجه يمكن أن يفهم من قرار[22] صادر عن محكمة النقض أكد فيه ما ذهب إليه قضاة محكمة الاستئناف عندما طبقوا الفصل 339 من القانون المدني الفرنسي بناء على جنسية طرفي النزاع، وذلك في نزاع يخص الاعتراف بنسب طبيعي[23].

أما بخصوص موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة نجده كان في البداية يعمل إما على استبعاد القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد والذي لا يرتب أي أثر على النسب الطبيعي، بحجة توفر شرطي الجنسية الفرنسية والإقامة فوق التراب الفرنسي بالنسبة للطفل المراد إثبات نسبه، وإما على اعتماد القانون المذكور تأسيسا على كون كل من الطفل وعائلته يحملون الجنسية الأجنبية، بالإضافة إلى كونهم مدعوين للاستقرار في بلدهم الأصلي خارج التراب الفرنسي[24]، أما في الآونة الأخيرة فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالنسب الطبيعي لا يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي مادام لا يحرم الطفل الفرنسي الجنسية أو المقيم بصفة اعتيادية فوق التراب الفرنسي من إقرار نسبه[25]، أي بمفهوم المخالفة يعتبر مخالفا للنظام العام الفرنسي القانون الذي يحرم الطفل الفرنسي من نسبه الطبيعي.

وختاما يمكن القول أن المشرع المغربي لم يعترف بالنسب الطبيعي واعتبره من صميم النظام العام المغربي، وهو ما لا ينسجم مع الفلسفة التشريعية التي تبنتها المملكة المغربية، الرامية إلى تعزيز المركز القانوني للطفل داخل المجتمع تماشيا مع جاء به المجتمع الدولي، والتي تبناها دستور 2011 من الفصل 32 في فقرته الثالثة والذي جاء فيه بأن "الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار المعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية وبصرف النظر عن وضعيتهم العائلية".

ثانيا: تصادم مؤسسة التبني مع النظام العام المغربي

يعتبر التبني من مواضيع الأحوال الشخصية التي تثير العديد من الإشكالات على الساحة الدولية سواء بين الدول التي تقره وأخرى التي تمنعه، أو بين الدول التي تجيزه، ولكن تختلف في تنظيمه، مما يؤدي إلى استبعاد القانون المختص الذي يكون من شأن تطبيقه لمساس بالنظام العام للدولة فهو تصرف قانوني منشئ للنسب تختلف في أحكامه عن النسب الحقيقي، إذ لا يثبت البنوة الحقيقية كالبنوة التي تترتب على الإقرار بالنسب، إنما يثبت بنوة ثابتة بحكم القانون تترتب عليها أحكام تختلف عن أحكام البنوة الحقيقية[26].

فالتبني ممنوع شرعاً وقانوناً، ذلك أن غالبية الدول الإسلامية لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية[27] تعتبره باطلا ولا ينتج أي أثر، فهو يعد بنوة صورية تنطوي على الكذب، فالمتبني يعتدي على نسبه من خلال اقحام شخص أجنبي يشاطر أفراد الأسرة في نسبها وميراثها[28]، كما أنه نظام ممنوع في التشريع المغربي بحيث اعتبرته مدونة الأسرة باطلا لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية[29]، وهكذا لا يمكن الاعتراف في المغرب بالتبني الذي تتم إجراءاته بين زوجين مغربيين خارج المغرب في بلد يسمح به، ولو تعلق الأمر بطفل أجنبي يسمح قانونه الوطني به، كما لا يجوز للأجانب ولو غير مسلمين تبني طفل مغربي مسلم[30]، وقد كانت وزارة العدل قبل ذلك قد أصدرت منشور يمنع الاعتراف بأي أثر للتبني بالمغرب، واعتبرت أن التبني يشكل خرقاً للقانون الداخلي للمملكة، وخرقاً للنظام العام المغربي ولقواعد الشريعة الإسلامية[31].

كما منعته أغلبية التشريعات العربية الإسلامية، كالتشريع الجزائري الذي نص في المادة 46 من قانون الأسرة على أنه يمنع التبني شرعا وقانونا، والتشريع الموريتاني الأمر بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الموريتانية حيث اعتبرته مدونة الأحوال الشخصية من خلال مادتها 72 باطلا ولا يترتب عليه أثر من آثار البنوة.

أما التشريع التونسي فقد كان له رأي آخر، حيث أخذ بنظام التبني كما فعلت التشريعات الغربية مع اختلاف في شروط صحته، واشترط فيه مجموعة من الشروط لكي يكون تبني صحيح ومنتج لآثاره، ومن بين هذه الشروط، أن يكون الطفل المتبنى قاص، أن يكون طالب التبني راشدا ويتمتع بالأهلية القانونية، وأن لا يقل فارق السن بين الطفل المتبنى وطالب التبني عن 15 سنة ومصادقة زوجة المتبني إلا في حالة التي يكون فيها المتبنى ابن زوج المتبني[32]، لكن وإن كان القانون التونسي أخذ بهذا النظام، فإن تبني طفل تونسي من قبل رعايا بلد إسلامي حتى وإن تم بكيفية قانونية وفقا للقانون التونسي، لن يعترف به في موطنهم ولن يترتب عليه أي آثار على اعتبار أنه يتعارض مع النظام العام[33].

وبالرجوع إلى التشريعات الغربية نجدها أخذت بمؤسسة التبني كالتشريع البلجيكي، الذي نظم التبني بقانون 22 مارس 1940 ورتب عنه جميع آثار البنوة، كما أنه صادق على اتفاقية لاهاي لسنة 29 ماي 1993 المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون في مادة التبني، والتي قضت بأنه لا يمكن الترخيص بتبني أطفال أجانب إلا بموافقة سلطات بلدهم الأصلي على هذا التبني، لكنه استبعد الكفالة واعتبرها مخالفة للنظام العام لأنها لا تنشأ رابطة البنوة ولا تشبه التبني والوصاية الرسمية المنصوص عليها في القانون البلجيكي لسنة 1969[34]، وهو ما سار عليه القضاء الألماني فالثابت من عمل القضاء الهولندي هو رفضه للكفالة التي تتم بالمغرب، حيث صدرت عنه عدة قرارات بهذا الشأن عن محكمة النقض.[35]

أما القانون الفرنسي فقد اعتبر التبني سبب من أسباب ثبوت النسب بصرف النظر عن وجود علاقة شرعية أو بيولوجية بين الشخص المتبنى والشخص المتبني[36]، كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يكن يأخذ بعين الاعتبار الوضعية الخاصة للأطفال المسلمين، الذين لا يجيز نظام أحوالهم الشخصية تبنيهم، حيث يشترط فقط توفر رضى عائلة الطفل الأصلية، لإمكانية الحكم بصحة تبنيه[37].

والمشرع المغربي وإن كان لا يعترف بالتبني ويعتبره باطلا كما سبق الإشارة إليه فإنه في مقابل أخذ بنظام الكفالة [38] بمقتضى قانون 15.01[39]، ولكي تكون صحيحة ومنتجة لآثارها يجب توفر مجموعة من الشروط التي حددها القانون السالف الذكر، حيث يجب أن يكون الطرف الراغب في إسناد الكفالة إليه مسلما سواء تعلق الأمر بزوجين راغبين في التكفل بطفل صدر حكم بإهماله، أو بامرأة تود التكفل بطفل مهمل، بل ويمكن للمؤسسات العمومية المكلفة برعاية الأطفال والهيئات والمنظمات والجمعيات

ذات الطابع الاجتماعي المعترف لها بصفة المنفعة العامة والمتوفرة على الوسائل المادية والموارد البشرية التكفل بطفل مهمل بشرط تنشئته تنشئة إسلامية[40]، كما أن الكفالة لا يترتب عنها حق الطفل في النسب والإرث عكس التبني.

وإذا كانت الكفالة التي ينص عليها القانون المغربي، قد توحي لأول وهلة بوجود تقارب بينها وبين التبني، فإن المقارنة بين هاتين المؤسستين تبرز إلى حد كبير وجود فرق شاسع بينهما، ففي الوقت الذي يشترط فيه القانون المغربي في الطفل المكفول أن يكون مهملا، فإن باب التبني الشامل مفتوح في وجه كل من الأطفال الحاملين لصفة كفيلي الأمة، والأطفال الذين يوافق على عملية تبنيهم أباؤهم وأمهاتهم أو مجلس العائلة، فضلا عن الأطفال المهملين[41]، كما أن الآثار المترتبة عنهما تختلف من مؤسسة إلى أخرى، فبينما التبني يترتب عنه نسب جديد وحق الطفل المتبنى في الإرث متى توفرت شروطه، فإن الكفالة عكس ذلك لا يترتب عنها هذه الأثار لكن بالمقابل يمكن للمكفول أن يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة من كافله[42].

وقد لعب المغرب دورا مهما في تفعيل مؤسسة الكفالة باعتبارها النظام البديل لمؤسسة التبني، ويتجلى هذا الدور بالأساس في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، حيث عمل المغرب على إقناع باقي الدول الأعضاء في الاتفاقية على إدراج مؤسسات وفق الفقه الإسلامي من أهمها مؤسسة الكفالة التي أصبح لها بعد عالمي، ووافقت عليها الدول التي لا تتضمنها تنظيماتها الداخلية[43].

وإذا كان القانون المغربي يأخذ بالكفالة بدل التبني، فإن هذه المؤسسة تطرح أيضا إشكالات في إطار العلاقات المغربية الأوروبية، فرغم أن القانون الدولي يقر بالكفالة، إلا أن هذه المؤسسة تظل أجنبية عن القوانين الأوروبية التي لا تقر إلا بالتبني، وتبرر البلدان الأوروبية موقفها بكون الكفالة تقتصر على الرعاية المادية للطفل ولا تمنح له نفس الحقوق التي تمنحها له مؤسسة التبني وخاصة ما يتعلق بالنسب والارث[44].

فالتشريع الفرنسي أجاز نظام الكفالة واعتبر الكفالة القضائية منتجة لآثارها بقوة القانون فوق التراب الفرنسي، إلا أن القضاء الفرنسي أحيانا كان يرفض تذييل الأحكام الأجنبية المتعلقة بالكفالة بالرغم من عدم تعارضها في شيء مع النظام العام الدولي الفرنسي، وبالرغم من نص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل صراحة على أن كلا من مؤسستي التبني والكفالة، تجسدان حلا معتبرا لإشكالية دولية تتمثل في تمكين الطفل المهمل من وسط عائلي بديل، وخصوصا إذا تبين أنه لا شيء مطلقا يحول دون تداول مؤسسة الكفالة دوليا وعبورها للحدود دون إثارة أي مشكلة تذكر[45]، كما أنه كان يرفض تحويل الكفالة إلى تبني إذا كان طالبوها مسلمون و قانونهم الوطني يمنع التبني[46]، حيث وفضت محكمة النقض الفرسية في إحدى قراراتها الصادرة عنها برفض الاستجابة لطلب كفيلة طفل جزائري لتمكينها من تبنيه بصفة نهائية، وذلك تأسيسا على منع التبني من طرف كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الجزائري[47].

وإذا كان القضاء الفرنسي استقر على هذا الاتجاه كما سارت في نفس المسار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن قضايا الأطفال المكفولين، ولكن أغلبية الدول الأوروبية[48] لا تسير في نفس الاتجاه، فرغم أن قانونها لا يقر بالكفالة، فهي لاعتبارات تتعلق أساسا بالمصلحة الفضلى للطفل، تسمح بتبني الطفل المكفول بعد استجماع شروط معينة تختلف باختلاف هذه الدول[49].

وفي الأخير يمكن القول أن مسألة التبني تثير تصادما حادا ما بين القواعد القانونية الأوربية والمغربية، حيث أن هذه الأخيرة تعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تقر أي اعتراف بالتبني وتعتبره باطل، مما يترتب عنه عدم اعتراف القضاء المغربي بأي أثر للتبني ورفض تذييل الأحكام الأجنبية القاضية به كلما كان أحد أطرافه مغربيا، لمخالفته للقوانين والأعراف السياسية والدينية المؤطرة للنظام العام المغربي.

خاتمة:

يعد النسب من جملة الحقوق التي كفلتها جل التشريعات، لذا فإن تنظيم قواعده على مستوى القانون الدولي الخاص يطرح إشكاليات معقدة نظرا لاختلاف الأحكام المنظمة بين الدول خاصة الأوربية العلمانية والعربية الإسلامية كالمغرب، مما قد يترتب عنه الدفع بالنظام العام وعدم الاعتراف بأحكام النسب المنظمة في القانون المغربي أمام القضاء الأوربي من جهة وعدم الاعتراف بأحكامه المنظم في القوانين الأوربية أما القضاء المغربي خاصة تلك المتعلقة بالنسب الطبيعي والتبني من جهة أخرى.

وعليه، تتجسد أهم الاستنتاجات المتوصل إليها من خلال هذا الموضوع فيما يلي:

– النظام العام الدولي يلعب دور فعال لحماية الأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية والمثل العليا لدولة القاضي، يجعل منه صمام الأمان الذي يحمي هذه الأسس ويمنع أي انفلات للقوانين الأجنبية التي تتعارض جذريا معه.

– الاعتراف بالنسب الطبيعي مسألة محظورة بالنسبة للمغاربة المسلمين، لأنه يخالف مقومات المجتمع المغربي الذي يرفض نظامه العام أن يدخل المسلم في علاقة مريبة مع طرف آخر كما يرفض كل ما يترتب عن تلك العلاقة.

– التبني نظام ممنوع في التشريع المغربي بحيث اعتبرته مدونة الأسرة باطلا لا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية عكس التشريعات الأوربية التي ساوت بينه وبين النسب الشرعي والنسب الطبيعي.

– التباين بين التشريعات العلمانية والتشريع المغربي في تنظيم أحكام النسب خاصة يترتب عنه التباين بين موقف كل من النظام المغربي والأنظمة الأوربية في مسالة الاعتراف بالنسب الطبيعي، وهو ما ينعكس سلبا على الروابط الأسرية للجالية المغربية، سواء عندما يراد التمسك بتطبيق هذا المقتضى أمام القضاء الأوربي، أو في إطار مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية لحكم قضائي صادر في هذا الشأن عن قضاء إحدى الدولتين.

ومن منطلق هذه النتائج المتوصل إليها أقترح بعض المقترحات التي أهدف من خلالها إكمال بعض النواقص التي وقفت عليها في هذا الموضوع:

– **تعزيز الحوار والتعاون:** يمكن تشجيع الحوار والتعاون بين الجهات المختلفة، بما في ذلك السلطات التنفيذية والقضائية والمجتمع المدني، للتوصل إلى حلول متفق عليها وفعالة للتحديات المرتبطة بالعلاقات الدولية الخاصة خاصة الزواج والطلاق وما يترتب عنهما من آثار.

– **التشجيع على المشاركة الدولية:** يمكن تعزيز المشاركة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تعزز حماية حقوق الأفراد بغض النظر عن جنسياتهم أو مواقعهم الجغرافية، وذلك من خلال إبرام اتفاقيات على المستوى الدولي الخاصة بالأحوال الشخصية مع الدولة التي لازالت لم يتم إبرامها مع المغرب مع الحفاظ على الثوابت الدينة.

– **تحسين التشريعات المحلية:** من خلال تحديث وتعديل القوانين المحلية لضمان توافقها مع التزامات الدولية، بحيث يمكن للأفراد الاستفادة من حقوقهم بغض النظر عن مكان تواجدهم، وهنا أقترح تخصيص باب في مدونة الأسرة تحت عنوان" الزواج المختلط وانحلاله" يعالج بشكل دقيق كل ما يتعلق بالزيجات المختلطة وانحلالها وما يترتب عنها من آثار بما فيها النسب.

وباستخدام هذه الإجراءات، يمكن التخفيف من التحديات التي يطرحها تأثير النظام العام على مؤسسة النسب وتحسين وضعية الأفراد المعنيين.

الهوامش:

[1] سورة الفرقان، الآية 54.

[2] خالد برجاوي:" القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية–دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة "، دار القلم للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الأولى 2001، ص: 207.

[3] غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي: "القانون الدولي الخاص" الجزء الأول، الأكاديمية العربية في الدنمارك، الطبعة الأولى، 2008 ص: 108

[4] هشام علي صادق: " تنازع القوانين–دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013 ص: 558 (بتصرف).

[5] الفصل 14-311 من القانون المدني الفرنسي

[6] عبد العلي عدنان، استقبال القانون الدولي الخاص الفرنسي لمؤسستي الزواج والطلاق المغربيتين: آلية متوازنة لتدبير التنازع أم تغطية لتبرير صراع الثقافات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الدولي الخاص، جامعة عبد المالك السعدي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، السنة الجامعية 2015/2014، ص: 286.

[7]: المرجع سابق، ص:287

[8] جميلة أوحيدة: "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة"، ص: 42.

[9] خالد برجاوي: مرجع سابق، ص: 208.

[10] قرار صادر عن محكمة النقض الصادر بتاريخ 2 أبريل سنة 1968، أورده معاد الزهراوي:" النسب في القانون الدولي الخاص المغربي"، مقال منشور في مؤلف جماعي، الأحوال الشخصية والروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى 2021، ص: 254.

[11] معاد الزهراوي: نفس المرجع، ص:254.

[12] محمد المصري: "الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، مقارنة التشريعات العربية والقانون الفرنسي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص: 146.

[13] محمد ناصر متيوي مشكوري، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف الجديدة، السنة الجامعية 2005- 2006، ص: 65.

[14] Article 334 de droit civil français:" L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère Il entre dans la famille de son auteur…".

[15] محمد وليد المصري:" الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص: 148 (بتصرف)

[16] جميلة أوحيدة، "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا واقع وآفاق"، الطبعة الأولى ص: 149 (بتصرف)

[17] تنص المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل:"

1-تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم.

السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر.

2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو أراءهم المعبر عنها أو معتقداتهم".

[18] قرار صادر عن محكمة النقض عدد 327 الصادر بتاريخ 11 يونيو 2008، منشور في نشرة المجلس الأعلى نشرة متخصصة، السلسلة الأولى الجزء الأول سنة 2009، ص: 94 وما بعدها.

[19] قرار صادر عن محكمة النقض عدد 1303 صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991، منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 165.

[20] عبد الله مزغي: "المركز القانوني الابن غير الشرعي في التشريع المغربي" مقال منشور في مؤلف جماعي الأحوال الشخصية والروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى 2021، ص:167 و168.

[21] خالد برجاوي: مرجع سابق، ص: 209 (بتصرف)

[22] قرار صادر عن محكمة النقض عدد 427 ملف عدد 38940، أورده خالد برجاوي: "القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية"، ص: 210.

[23] نفس المرجع، ص: 209 و210 (بتصرف)

[24] عبد العلي عدنان: مرجع سابق، ص: 288.

[25] قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية عدد 10299-05 بتاريخ 10 ماي 2006، أورده عبد العلي حفيظ: "التذييل بالصيغة التنفيذية في الميدان الأسري"، مرجع سابق، ص: 226.

"La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation."

[26] صلاح الدين جمال الدين:" القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين الدراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي إسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص: 434.

[27] لقوله تعالى: " ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم وما جعل أَدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادْعُوهُمْ لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبَاءَهُمْ فَإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطئتم به ولكن ما تضمنت قلوبكم وكان الله غفورا رحيما. " الآيات 4 و5 من سورة الأحزاب.

[28] توفيق فرج: "أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين"، الدار الجماعية للطباعة والنشر بيروت، الطبعة الأولى، 1980، ص: 297.

[29] وهو ما نصت عليه المادة 149 من مدونة الأسرة: "يعتبر التبني باطلا، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية.

تبني الجزاء أو التنزيل منزلة الولد لا يثبت به النسب وتجري عليه أحكام الوصية".

[30] خالد برجاوي:" القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص: 210.

[31] الفصول من 9 إلى 12 من قانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

[32] مقال منشور بالموقع الإلكتروني تم الاطلاع عليه بتاريخ 9/12/2023 على الساعة 20.25:

https://2h.aeWTGp

[33] خالد برجاوي:" القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص: 214 و215.

[34] جمال الخمار:" الوضعية القانونية للمغاربة المقيمين بأوربا- بلجيكا نموذجا-"، مقال منشور في الموقع الإكتروني التالي تم الاطلاع عليه بتاريخ 10/12/2023 على الساعة 21:50:

https://2u.pw/FG4PUNG

[35] جميلة أوحيدة: "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا واقع وافاق"، ص:157 (بتصرف).

[36] الفصول من 343 إلى 2-370 من القانون المدني الفرنسي.

[37] عبد العلي عدنان: مرجع سابق، ص: 304 (بتصرف)

[38] وقد عرفها قانون 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين من خلال المادة الثانية منه ب: "كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

[39] لقد نظم المشرع المغربي الكفالة بالظهير الشريف بمثابة قانون الصادر بتاريخ 10 شتنبر 1993، وقد تم نسخ هذا الظهير بالقانون رقم 01-15 الذي دخل حيز التنفيذ بالظهير الشريف رقم 1-02-172 الصادر في 13 يونيو 2002، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2362.

[40] المادة 9 من قانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[41] عبد العلي عدنان: مرجع سابق، ص: 301 و302 (بتصرف)

[42] المادة 22 من قانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.

[43] محمد ناصر متيوي: "موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي"، مقال منشور بمجلة الإشعاع عدد 120 فبراير 2004، ص: 18.

[44] جميلة أوحيدة: "نظام الأحوال الشخصية للمغاربة المقيمين بدول الاتحاد الأوربي وسياسة الإدماج"، مقال منشور في مجلة ضياء للدراسات القانونية المجلد 3 العدد 2، السنة 2011، ص: 10.

[45] عبد العلي عدنان: مرجع سابق، ص :311 و312 (بتصرف)

[46] محمد ناصر المثيوي: "الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المقارن"، مقال منشور بمجلة للطفل حقوق، عدد مزدوج 4/3، ص: 30 وما بعد.

[47] قرار صادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية عدد 003-11-08 بتاريخ 25 فبراير2009، أورده عبد العلي عدنان: مرجع سابق، ص: 315

[48] كسويسرا، بلجيكا، ايطاليا واسبانيا.

[49] جميلة أوحيدة: " نظام الأحوال الشخصية للمغاربة المقيمين بدول الاتحاد الأوربي وسياسة الإدماج"، مرجع سابق، ص: 11 (بتصرف).